

## 加重的未遂について

香 川 達 夫

一 はしがき

二 学説の素描

三 主たる行為の性格

四 その法定法的根拠

### 一

加重的未遂 (Der qualifizierte Versuch) の概念を抽象的、一般的に規定することは困難である。ただ、どういう場合をいうのかといえは未遂となつた基本的行為のうちに軽い犯罪の既遂が内包されている場合、たとえば殺人の未遂罪に暴行ないし傷害の既遂が含まれているような場合がこれにあたるといえよう。

そして、その既遂となつた暴行ないし傷害をどう処理するかの問題、換言すればいまだに未遂となつた基本的行為をもつて「主たる行為 (Haupttat)」とし、そこに内包される軽い既遂犯をもつて「従たる行為 (Nebentat)」と名づけるならば、主たる行為が中止未遂のため処罰されない場合に、内包される従たる行為もまた、主たる行為と同様不処罰の恩恵を附与されるものなのかどうか既にフォイエルバッハによつて指摘されたように加重的未遂におけ

る課題となつてあらわれてくる。

ところで、内包されているという場合に、法条競合の関係におけるそれと科刑上一罪の関係におけるそれとがあることに注意しなければならぬ。したがつて、こうした競合の態様を異にするそれぞれの場合について、従たる行為の、すなわち軽い既遂犯の処罰如何の課題を考へてゆかなければならぬであらう。そうだとすれば、いかなる範圍でそれを認めるかにより加重的未遂そのものの概念もまた、おのずからかわつてくるのである。

(1) Vgl. Anselm von Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14 Aufl., 1847, § 206. そして、フォイエルバッハ自身は、法条競合であると科刑上一罪であるをとわず、すべて従たる行為はその既遂のために処罰されなければならないとしている。

### 二

科刑上一罪の場合にあつては、従たる行為もまた処罰を免れえないとする点別段のあらそいもないようである。たとえば、小野博士

は「観念的競合又は牽連犯の場合に於ては、本来数罪が成立するのであつて、単に科刑上一罪として其の最も重き刑に従ひ処断するのである。されば其の一中止犯である場合に於ても、他の可罰性は何等の変更を受くべきものではない」とされ、構成要件の充足をもつて一罪と解する博士独特の罪数論を基礎に從たる行為の可罰性を論証されている。この点、ドイツにおいても、——もつとも、ドイツ刑法においては、わが国刑法第五十四条第一項後段に規定するような牽連犯の概念は存在せず、ただ観念的競合だけがその対象となつてゐるにすぎないが、いづれにしてもあらそひはない。そして、その理由は「行為者は同一の行為(Eine und dieselbe Handlung)によつて二個の犯罪を侵している」というヴェーデルの言葉によつても理解されるように、観念的競合にあつては可罰的行為が多數存在していることがその根拠になつてゐるからである。

法条競合になると學說わかれ、処罰説と不処罰説との対立がみられる。ふるくは後説がドイツにおいては有力であつた。だが、なぜ処罰されないといふるのであるうか。二通りの理論構成が可能である。その一つは、内包される輕い既遂犯すなわち從たる行為は、主たる行為に対する關係においてその不可欠の構成要素であるにとどまり、それ自身独自の犯罪の意味をもつものではないと解するところから、たとえ主たる行為を中止したからといつて競合云々の問題があるわけではなく、本来單一な主たる行為の中止未遂が存在するだけにすぎないと解する。したがつて、このような主たる行為單一罪論を前提とするかぎり、それ自身独自の犯罪の意味をもたない從たる行為について、その既遂犯としての責をとすることは許され

なくなつてくるといふなければならない。たとえば、ベルネルは「完了した行為——從たる行為を意味する(筆者註)——が、通常それを凌駕する未遂犯の必然的な構成要素である場合には、未遂犯と既遂犯の競合を認めることができない」として、主たる行為が單一な一罪であることを主張しており、オルスハウゼンもまたそのコメントの旧版において「法条競合の場合には、未遂犯に吸收される既遂犯の犯罪事実については、もはや処罰されない。何故なら、既遂犯それ自身に通常刑事的な意義を認めることができないから」として、いづれも從たる行為の不処罰を説いている。また、いま一つの所説によれば、もつぱら故意にその主眼がおかれてゐる。すなわち、主たる行為に対する故意はそれが必然的に從たる行為に対する故意までも包含するものではない。何故なら、一個の行為について二重の相並行する故意(Goppelter parallel nebenherlaufender Dolus)の存在は考えられないからである。したがつてたとえば、通常法条競合の關係にあるとされている殺人罪と傷害罪とにおいて殺意が當然に傷害の意思を内包するものと解すべきではなく、両者に必要とされる故意はフランクが既に指摘したようにむしろ相互に排除しあふものと解しなければならぬ。そうだとすれば、故意のない從たる行為について、その処罰の可能であることを説くのは、意思責任の原理に背反するものであるといふなければならぬ。わが国の通説もまた、多く不処罰説にしたがひ、なかんずく小野博士は前者の理論を基礎に從たる行為の不処罰を説いておられる。

だが、法条競合の場合にもまた処罰すべきであるという見解が

ないでもない。たとえば大場博士がこれである。すなわち「中止犯ハ犯罪カ未遂ノ程度ニ在ル場合ニ限り存シ得ヘキモノニシテ中止行為ニ依リ未遂犯ヲシテ中止犯ニ變セシムルモノナリ。故ニ未了未遂ノ場合ナルト又終了未遂ノ場合ナルトヲ問ハス之ニ対シ中止行為アリタルカ爲メ中止犯ト爲リタル場合ニ於テ其ノ未遂犯タル行為中ニ既遂ノ独立ノ犯罪ヲ包含スルトキハ其ノ行為ハ未遂犯トシテ処罰セラルヘキモノニ非スシテ独立セル犯罪トシテ処罰セラルヘキモノトス」とされ、單に科刑上一罪の場合だけにとどまらず法条競合の場合にあつてもまた、従たる行為はそれが既に既遂となつていところから、中止未遂の恩恵を附与することを拒否しその可罰的であることを説いておられる。そしてまた、ドイツにおいてはむしろこの見解のほうが通説的地位を占めているといえる。だが、何故処罰可能といふるのであるうか。そういふためにには、まずもつて不処罰説そのものの妥当性の否定を前提としなければならぬであらう。事実、処罰説もまたそれを前提としている。したがつてまた、ここにおいても二個の理論構成が可能である。その一によれば不処罰説における理論的前提としての法条競合の概念の把握自体を決して否定してはいない。すなわち、従たる行為が主たる行為に対する關係において、その「自然的な経過点」(natürlicher Durchgangspunkt)であるいはその「必然的な前段階」(notwendige Vorstufe)」であるところから、その一方のみが適用される場合であると解する点については別段の異論はない。ただ、その適用の場、すなわち法条競合であるからといつて常にその一方を適用すればたりとは必ずしも断定しえないのではなからうかとする点において

前記不処罰説との実質的な相異点があらわれてくる。すなわち「広範な犯罪」(Das weitgehende Delikt)——主たる行為を意味する——(筆者註)に対する刑罰は、それほど広範でない犯罪に対する刑罰を、それが現実にあつた場合にのみ吸収しうる」とというアルフエルトの言葉からも知りうるように、不処罰説によつて説かれた従たる行為が犯罪としての独自性をもちえないといふのは、主たる行為が既遂となつたかあるいは障碍未遂であるため、処罰される場合に限定して考えるべきであるとする。何故なら、既遂あるいは障碍未遂であるために刑を科するにあつては、そこに内包される他の法益侵害、たとえば殺人あるいは殺人未遂に包含される暴行ないし傷害という他法益の侵害をも勘案して科刑するのであり、だからこそ単一の殺人罪あるいは殺人未遂罪の適用をもつてたりののである。だが、中止未遂にあつては主たる行為は処罰されない——もつとも、中止未遂に關するドイツ刑法第四六条にいう straflos という表現をもつて、犯罪そのものの成立を消滅させる事由と解するかあるいは單に刑罰の免除事由と解するかについてはあらそいのあるところであり、したがつてまた、その把握如何によつては問題の発展もまたおのずからその様相を異にしてくるわけであるが、その詳細は次章にゆずることにして、ともあれ主たる行為の犯罪としての成立が中止未遂であるため否定されると解するならば、吸収すべき刑罰法規の存在そのものがなくなつてくるわけである。そうだとすると、ベリングもいつているように「本来的な犯罪事実が中止により幻形と消えさつてしまつたのであれば、まさしくこのとき、第二義的な犯罪事実が力を得て登場してくるのであり」(10)したがつてま

た「加重的未遂にあつては、中止未遂により決して完全に処罰されなくなるのではなくて、当該行為のうちに既に存在する法侵害に對する刑罰が科せられる」ことになると説く。また、いま一のそれによれば、一個の行為のうちに二個の故意の並存型態を肯認することはできないかもしれないとして不処罰説の論拠を一応肯定する。だが同時に並存しえないとしても、時間的に前後して存在しうるのではなからうかとシュレヒトはいう。たとえば、先にあげた殺人未遂と傷害とを例にとるならば、殺意をもつて相手方のくるのを待伏せたとき、あるいは拳銃を構えたときに既に殺人の未遂を認めることができる。だが、構えた拳銃を発射して相手方にあたつて始めて傷害罪は既遂となりうる。そうだとすれば、未遂のうちに既遂犯が内在しているのではなくて、むしろ未遂のあとに存在しているといわなければならないことになる。いわば時間的な先後の關係を認めうるのであると。こう考えたと未遂犯に從たる行為である既遂犯が吸収されると考えること自体がナンセンスなのであつて、したがつてまた、主たる行為がたとえ中止未遂であらうとも当該中止未遂に對する法的効果は、既遂犯に對して何ら影響するところがないといわなければならないわけである。すなわち從たる行為はその既遂のために処罰されなければならないことになるのである。あるいはまた、二個の故意の先後を問題にする必要もない。主たる行為に對する故意のうちに從たる行為に必要な故意が少くとも未必的に存在しているともいふるのではなくらうか。そうだとすれば、たとえ主たる行為を中止したのであつても、從たる行為に必要な故意を欠かないのであるから、これを処罰するも何ら意思責任の原理

に背反するものではないともいふる。<sup>18)</sup>

これらが処罰説における主たる論拠であつた。そして、不処罰説に對して新らしく擧頭してきたこうした処罰説は、さらに処罰すべきであるという理由を積極的に実定法そのものの解釈に求めていつた。すなわち、ドイツ刑法第四六条が「未遂それ自身として処罰しない」(Der Versuch als solcher bleibt straflos)としているところから、同条の解釈論として処罰されないのは未遂犯だけであり、そこに内包されている既遂犯までも処罰しないとはいつていないのであると。こゝから、たとえ法条競合であらうとも從たる行為はその既遂のために処罰をまぬがれることはできないと説いているのである。

法条競合の場合において、從たる行為の処罰が可能であるかどうかについては前述したように學説がわかれてゐる。そのいずれが果して妥當な見解であるといふるのであらうか。この課題に對する解明は二つの面から導き出しうると考える。それは、學説の系譜からのおのづから明らかであるように、まずもつて主たる行為の性格をどう把握するかの問題であり、他は実定法のもつ構造に由來する解釈論そのものである。

主たる行為の性格の把握とは、從たる行為との連関を意味することと多言を要しないが、前章所説のように加重的未遂が同時に中止未遂論の適用の場である事実もまた看過することも許されない。そうだとすれば、主たる行為の性格把握の問題は、中止未遂となつた主たる行為の法的効果との連関を無視しては把握しえない課題であると思料する。

(1) 小野清一郎・刑法總則草案と中止犯（磐島博士追悼論文集及び遺稿集「昭和八年」）九七頁。

(2) Vgl. Albert Friedrich Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 18 Aufl., 1898, S. 157; Anton S. Schlech, zur Lehre vom qualifizierten Versuche, ZStW, Bd. 19, 1899, S. 864; August Köhler, Deutsches Strafrecht, allgemeiner Teil, 1917, S. 459; Reinhard von Frank, Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 18 Aufl., 1931, S. 100; Heinrich B. Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht, 2 Aufl., 1932, S. 176; Philip Alfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 9 Aufl., 1934, S. 203.

(3) Carl Georg Wachter, Deutsches Strafrecht, 1881, S. 201.

(4) Berner, a. a. O., S. 157.

(5) Justus Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 6 Aufl., Bd. 1, 1900, S. 155. など、最近でもこの見解を採用するものにゲルランドがあり（Vgl. Gerland, a. a. O., S. 187）フランクやリストもまたその旧版において同様の見解にしたがつていた。たとえばフランクはそのコメントールの第三—四版において「法条競合の場合には、未遂犯に吸収された犯罪事実が刑事上もはや何ら問題とならなう」（Frank, Kommentar, 3-4 Aufl., 1903, S. 65）と「リストもまたその生前最後の版でも第二—三版において法条競合の場合にもまた処罰すべきであると主張し、この見解が旧説と異なっていることを自認」

している（Vgl. Franz von Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 21-22 Aufl., 1919, S. 203）。

(6) Vgl. Karl Krauthammer, Der Rücktritt vom Versuch, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft, 310, 1932, S. 68.

(7) Vgl. Frank, Kommentar, 3-4 Aufl., S. 283.

(8) など、この見解はコメントールに於いては説かれていない。Vgl. Friedrich Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 14 Aufl., 1901, S. 101.

(9) すなわち「小野博士は「法条競合の場合に於いては其の適用法条に依る罪の中止犯は未遂犯の一態様として処罰されるべきものである。されば其の中止犯を論ずる限り、別に之について適用を排除された罪の成立を認むべき理由はなう」とわれ、主たる行為が單純に一罪を構成するにすぎないと解されることから、従たる行為の不処罰を説いておられる。小野・刑法總則草案と中止犯、九七頁。同旨「泉三新館・日本刑法論・総論（昭和二年）」五三三頁。

(10) 大場茂馬・刑法總論「下巻（大正七年）」八三一—八三三頁。

(11) Vgl. J. Baumbach, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, 1888, S. 457; Schlech, a. a. O., S. 864; Köhler, a. a. O., S. 459; Olshausen, Kommentar, 11 Aufl., 1927, S. 183 ff.; Alfeld, a. a. O., S. 203.

(12) Baumbach, a. a. O., S. 457.

(9) L. von Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. I, 1907, S. 562.

(10) Allfeld, a. a. O., S. 203, Anm. 57.

(11) Ernst Hefing, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 309.

(12) Hübner, Einige Bemerkungen über den Versuch nach Reichsstrafrecht, Gers., Bd. 24, 1872, S. 270.

(13) Vgl. Schlecht, a. a. O., S. 861.

(14) 1) の見解の代表者としてトムゼンをあげることができる。

Vgl. Thomsen, Kritische Notizen zum deutschen Strafgesetzbuch, Gers., Bd. 30, 1878, S. 101. など、フランクの所説もこの範疇にいれることができる。だが、だからといってトムゼンとフランクの理論とがまったく同一であるというのではない。すなわち、トムゼンが法条競合であれば従たる行為に対する故意が未必的に常に内在しているとしているのに対して、フランクは故意が未必的に存在しているというる場合にのみ従たる行為の処罰が可能であるとする。たとえば、通常法条競合の関係にあるとされている殺人と傷害とにおいて、もし顔死者の真摯な要求により、それにしたがって相手方を殺そうとしたが、中途で躊躇して中止したような場合、これはあきらかに中止未遂である。だが行為者は右設例においてその侵した傷害行為のため傷害罪の責をとわれなければならないものであるうか。勿論フランクはこれを否定する。なぜなら行為者には死に顔した相手方の苦痛を排除し安楽にしてやる意思こそあれこれを傷害するの意思は

何ら存在していなかったからである。すなわち、法条競合だからといって従たる行為に必要な故意が常に未必的に存在しているとはいえないなり、したがって、未必的に存在している場合にのみ処罰すべきであるといつて (Vgl. Frank, Vollendung und Versuch, VDA., Bd. V. 1908, S. 208.)。

### 三

まず、前者の課題から検討することにしよう。

従来、中止未遂の法的性格に關して二個の見解が対立していた。刑事政策説 (Kriminalpolitische Theorie) と法律説 (Rechtstheorie) とがこれである。そのいずれに準拠するのが妥当であるかはわかに決定しがたい課題であらう。ケムジースの表現をもつてすれば、それは刑事法学者にとつて「まことに世話のやける子供 (ein hässliches Sorgenkind)」であるといえよう。

ともあれ、刑事政策説はこれまで既にふるくフオイエルバッハにより説かれたところであり、通説としての地位を現在でも依然確保している。そして、フオイエルバッハによつて説かれた刑事政策説を承継し、学説史上刑事政策説をして不朽たらしめたのは、他ならぬリストその人であつた。すなわち、リストによれば「不可罰の予備行為と可罰の実行行為との限界を超えた瞬間に、未遂犯のために定められた刑罰が具体化する。かかる事実とはや変更することはできないし、遡つて廢棄することも抹殺されない。だが、立法は刑事政策的な理由から事実既に処罰すべき行為者に後退のための黄金橋 (eine goldene Brücke zum Rückzuge) を架設する

ことができる」とするところから、中止未遂が処罰されないのは決してそれが未遂犯としての犯罪の成立それ自身が排除されるからではなくて、犯罪としての成立はこれを認めるが、ただ何とかして犯罪の発生を防止しようとする功利的な考慮から、刑だけはこれを免除するという立法者の睿智により処罰されないものであるとしたのである。そして、こうした最後の瞬間に至るも、なお犯罪は防止されなければならぬという一般予防主義的な目的に奉仕するために任意に中止したという事実に対する対価褒賞としての刑の免除の必要性を強調した「後退のための黄金橋を架設する」という思想は、爾來刑事政策説における理論的中核を形成するものとして諸学徒により承継されているところである。だが、こうした刑事政策説的な思考を前提とした場合、それはただ「中止未遂の刑法的意義を知っている行為者にのみ適合するにすぎない」のであって、法律を知らない一般人にとつては、犯罪防止という刑事政策説における本来的な効果を期待することができなくなりはいないであろうか。いわば刑事政策説に準拠するかぎりその目的とする一般予防は実は期待しえない幻影になつてくるとおもふ。ここに、法律説登場の理論的温床があつた。

法律説は、刑事政策説所説のように中止未遂をもつて単に刑の免除事由 (Strafaufhebungsgrund) として把握することとまらず、さらに犯罪としての成立それ自体を排除する事由 (Straf-ausschließungsgrund) であるとする。すなわち、中止未遂とは違法性があるいは有責性を排除する事由としてとらえられる。前者にビンディング、シェーテンザック、ヘーグルがあり、後者にザウエル、ケ

ムジョースをあげることができる。そのいずれが妥当であるかもまたにわかに決定しがたい課題ではある。しかし、私は中止未遂の法的性格をもつて、責任を排除する事由であると考ええる。何故なら、違法性そのものの社会的侵襲性という事実的性格と、それに由来してもし違法性を排除する事由であるという説にしたがえば、何故中止未遂成立の不可欠の要件として任意性 (Freiwilligkeit) が要求されなければならないか答えることができなくなつてくるからである。換言すれば、中止によりただ違法性が排除されるだけであるならば、行為はただ止めさえすればよいことになり、それが任意に止めた場合であろうと任意でなからうと違法評価にあたつて何らの存在理由をも見出しえないからである。もつとも、この点ヘーグル所説のように主観的違法要素論を前提とすれば、あるいはこうした問題はなおこりえないかもしれない。しかし、だからといつてどこまでも違法性の排除説に固執するのであれば共犯の中止をどうするかと反問したい。もし、中止未遂をもつて違法性が排除されるため処罰されないのであると解するならば、正犯者の中止は共犯者にその効果を及ぼすと解さなければならぬ。何故なら、中止により行為そのものに対する違法評価が消滅するからである。だが、事実はその効果を及ぼさないとされてゐる。それは個人的に効果のある犯罪消滅事由 (ein persönlicher wirkender Deliktaufhebungsgrund) の存在を主張するからである。だが、こうした個人的に効果のある犯罪消滅事由——この場合勿論違法性が消滅される事由を指すのであるがこうした違法概念をもつてそれが個人的に効果あると解するのであれば、それと責任との間に実質的にどれだけ差異が

あるといふるのであるか。こと既にここに至れば、それはもはや用語の相異にすぎず違法性排除説の自撰作用に他ならないといふべきであらう。

ドイツにおいて、法案競合の場合にもなお従たる行為を処罰すべきであるとする見解が次第に有力となり、かつて不処罰説をいつたフランク、リスト、オルスハウゼンらが処罰説へと転向していつたのも、既述のとおり実定法の解釈上やむをえないところであつたかも知れないが、と同時に軽い従たる行為だけを侵したのであれば処罰されるのにもかかわらず、その後重い罪すなわち主たる行為にとりかつたために、そこに内包される軽い従たる行為までも処罰されなくなるのは不合理であるという思想がその根底にあつたものと理解される。<sup>10</sup>だが科刑上の要請が理論的な一貫性を歪曲することは許されまい。というのは、中止未遂の法的性格をもつて刑事政策説に準拠しながら従たる行為の処罰が可能であるとする見解、たとえバリストなどのそれによるとき、つぎのような不合理があらわれてくるからである。

刑事政策説は、既述のとおり中止未遂をもつて単に刑の免除事由と解するにとどまる。そうだとすれば、たとえ中止したのであつても、主たる行為の犯罪としての成立はこれを認めなければならぬのであるから、ベーリングのいう第二義的な犯罪事実の登場してくる余地がなくなくなることとなり、したがつてまた、従たる行為に必要な故意を論ずる必要もなくなつてくるといふなければならないことになる。それにもかかわらず、なお従たる行為をそれが既遂であるため処罰すべきであるといふのであれば、単に中止未遂の場合だ

けではなく障碍未遂の場合においてもまた処罰しなければならぬことになるであらう。こう考えると、主たる行為が既遂あるいは障碍未遂の場合にのみ従たる行為は処罰されないという処罰説における前提自体がおかしなやつてくるのではなからうか。換言すれば、主たる行為が既遂あるいは障碍未遂であるときそこに内包される他の法益侵害を考慮にいれそれに対して単一な一罪として科刑されると同様に、中止未遂にあつてもやはり他の法益侵害を考慮にいれながらもなお、それが任意に中止されたがためにそうした善行に対する褒賞として黄金橋を架設するのが刑事政策説であつたはずである。そうだとすれば、刑事政策説に準拠するかぎり、やはり従たる行為の不処罰を主張するのが素直な論理的帰結であるといふなければならないのではなからうか。それにもかかわらず、なお実定法の解釈を基礎として従たる行為の処罰を主張するのであれば、まずもつて主たる行為の犯罪としての成立それ自体を否定するか、あるいは実定法の解釈を制限的に解するかのいずれか一方を選ばなければならぬわけである。この点を併考することなく、一方では刑事政策説に準拠することによつて主たる行為の成立を認め、他方実定法を根拠に従たる行為の処罰を説くのは、余りにも政策的な、論理的な矛盾を包含する見解であるといふなければならないであらう。

ところで、法律説によつた場合どうであらうか。法律説によれば中止により違法性あるいは責任が排除されるとする。したがつてまた、その結果主たる行為の犯罪としての成立が否定されることとなる。そうだとすれば、前者の論法をもつてするかぎり、従たる行為の犯罪としての独自性が認められ、したがつてその処罰もまた可能



であるということができうるであろう。だが、主たる行為の犯罪としての不成立がただちに従たる行為の処罰可能を基礎づけうるものなのであろうか。ここに、主たる行為そのものの性格をどう把握するかの問題が重要となつてくる。

もとより、従たる行為は主たる行為に吸収され、主たる行為がそれ自身單純な一罪を構成するにとどまるものと解するべきであろう。したがつて、法律説に準拠しながらもなお、従たる行為はその犯罪としての独自性をもつことなく、それ故にまた処罰されえないことを論証しうると解する。その理由はつぎの諸点に求めることができる。

第一に、科刑上一罪との比較においてである。すなわち、通常「科刑上一罪にあつては異なるつた刑罰諸法規が共に調和し相互に排除しあわないの」に対して、法条競合の場合には各種刑罰法規は当該刑罰法規の一方が他方の刑罰法規を以前から排除しているという関係において相互に存在している」といわれているように、前者たとえば観念的競合にあつては社会的事実としての、一個の行為が数個の構成要件に該当し、したがつてその面からする異なるつた各種の評価が許されうる場合である。そうだとすれば、科刑上一罪とは本来数罪であると考へなければならず、しかもそうした各種の構成要件相互の間に、ともに結びつかなければならない何ら必然的な連関を必要とせず、いわば、一方は他方にとつてただ偶然的にえられた手段であるにすぎない。それに対し法条競合にあつては、当該特別構成要件が他のその機能を包含しているとき、すなわちその本質的な構成要素として、場合に法条競合があるといひるのであつて、い

わば科刑上一罪にあつては、一個の社会的事実としての行為が、それに対する法的评价の場において数個の犯罪としての成立が可能であるのに対し、法条競合にあつては外観上ただ競合しているかのごとき態様を示しているだけであり、適用されるべき刑罰法規はただ一個存在するだけにすぎないのである。換言すれば、法条競合とは本来競合の問題としてとりあつかわれるべき課題ではなく、単一な主たる行為一罪として存在するにとどまる。

ところで、このように法条競合にあつては主たる行為が單純な一罪を構成するにすぎないといつたにしても、前章既述のとおり、それは、主たる行為が既遂あるいは障碍未遂の場合にのみ吸収されるにすぎないのであつて、中止未遂の場合には吸収されないとする見解に答えるところがないともいひうるであろう。もとより、法律説に準拠するかぎり、主たる行為の犯罪としての成立自体が排除されることになるのであるから、その限度で従たる行為の独自性を認めるというのであればさうもいひうるかもしれない。だが、それは根拠にとほしい見解であるといえよう。何故なら、それは行為とそれに対する法的评价との面とを混同しているからである。具体的事例によつて説明することにしよう。たとえば、殺人罪についてこれを考へると、人を殺すという行為はこれをいくつかの部分行動にわけることが可能である。たとえば、Aを殺そうとして拳銃をかまえる。引金をひき発射する。弾はとび空をきる。肋骨をとおしてAの心臓にあたる。Aの死。貫通した弾はさらに空をきる。そして後方にあるB宅のガラス窓を破壊する等々がこれである。だが、こうしたいくつかの部分行動のうち、殺人罪にとつて本質的な意味の

あるのは、ただAの死という事実だけである。そして、こうしたAの死という事実だけが法的評価において、すなわち殺人罪という特別構成要件の結果に該当するものとしてとらえられるにすぎないのであつて、他のすべての部分行動——それが、Aの死以前に行われただものであらうと、その後にあられただものであらうとを問わず、

これらはいずれもそれ自身としては独自の法的意味をもつものではなく、ただ単に殺人罪にともなう、いふならば自然的作用とでもいふにすぎないのである。そうだとすれば、殺人に先行する前部分行動としての傷害も、またこうした自然的作用の範疇に所属されるべきであつて、それ自身独自の犯罪の意味をもつものではないといわなければならないであらう。したがつて、殺人行為を組成する傷害という部分行動は殺人罪としての法的評価の対象としてその存在意義をみだしえないといわなければならないのではなからうか。そうだとすれば、やはり従たる行為は主たる行為に吸収され、と考えるのが妥当であり、したがつて右設例においてAの死という結果が発生せず、たが肋骨を損壊したにとどまつただけであつたにしても、それは傷害の既遂として別個の法的評価の対象となるのではなく、Aが死ななかつたという事実すなわち殺人未遂として処罰されなければならないこともより当然である。そうだとすれば、中止未遂の場合であつても、それは殺人の中止未遂として評価されるべきであつて、この場合にだけ傷害罪の既遂としてその法的意味をとわれるということは不合理であるといわなければならないであらう。いわば、特別構成要件そのものにおける機能的側面においてその本質的な構成要素であつた従たる行為は、それを行為そのもの

としての側面において把握するとき、それはただ自然的作用の一つにすぎないのであり、それ自身としての犯罪の独自性を認めることはできないのである。したがつて、主たる行為の既遂、未遂、中止未遂であるをとわず、いずれの場合においても従たる行為を処罰することは許されなくなつてくるとおもふ。

同様に、処罰説におけるいま一つの理論構成によるも、従たる行為の処罰可能を基礎づけることは許されない。何故なら、前設例において行為者には殺人の意思こそあれ傷害の意思は、何ら存在してはいないからである。もつとも、シュレヒトのように、殺人と傷害との時間的先後を考えるのであれば二つの故意の存在を考えることは可能であらう。だが、それはおかしい。というのは、もし傷害罪をもつて故意犯と解するならば、傷害という結果発生以前に故意の存在を考えなければならない。そうだとすれば、殺人との時間的先後よりもむしろ同時的存在を認めなければならないことになる。逆に結果犯と解するならば時間的先後の説明はつくにしても、この場合比較されるのは殺人の故意と傷害の結果とであり、ために傷害が犯罪としての独自性をもつという論拠とするのは不可解であるといわなければならない。そうだとすれば、むしろ二個の故意が未必的な型態において共存しうるのだとするほうがより論理的である。だがこのように故意が未必的に存在するという見解も必ずしも適切であるとはいえない。何故なら、なるほど殺人の故意に傷害の故意がたとえそれが未必的にもせよ内在しているという事実はこれを認めることができるかもしれない。しかし、そうした従たる行為に対する故意は、ただ事実上の意味において未必的に存在しているにすぎ

ないのであつて、決して法的評価の対象としての存在価値を認めることはできないからである。すなわち、殺人罪において必要なのは、ただ人を殺すという意思だけであつて、そこに未必的に存在する故意は殺人罪にとって何らの存在理由がないのである。そうだとすれば、どの理論構成をもつても、法条競合における従たる行為は主たる行為に吸収されるものと解するはかなく、したがつて、主たる行為が中止未遂であつても、ために従たる行為が処罰されるとはいえなくなつてくるのではなからうか。

- (1) Herbert Kemsies, Die tätige Reue als Schuldaufhebungsgrund, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 259, 1929, S. 9.

- (2) Franz von Liszt-Eberhard Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26 Aufl., 1932, S. 315. 後退のための黄金橋という刑事政策説の本質を端的に把握したリストのこの言葉が何時頃からいふ始められたものなのかは明らかでない。たゞ調査した範囲においては既にその教科書の第三版についての言葉がみえつゝる (Vgl. Liszt, a. a. O., 3 durchgearb. Aufl., 1888, S. 202.)。

- (3) Vgl. Alföld, a. a. O., S. 201; Edmund Meger, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 3 Aufl., 1949, S. 403.

- (4) Frank, VDA, S. 242. なる同様の批判は M. E. オイエルによつてなされてゐる。すなわち、オイエルは刑事政策説が法律学を専攻し中止すれば処罰されないという効果を認識するものにとつてのみ実効的であり、したがつてこうした者を余

りに過大評価しすぎる欠陥をもつた理論であるとしている。Vgl. Max Ernst Mayer, Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2 Aufl., 1923, S. 373. 及び 宮本英脩、刑法学概論 (昭和二〇年) 三三五頁参照。

- (5) Vgl. Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 2, 3 Aufl., 1916, S. 117, Anm. 8; August Schötenack, Tätige Reue, VDA, Bd. II, 1908, S. 477; August Hegler, Subjektive Rechtswirkungsmomente im Rahmen des allgemeiner Verbrechensbegriffs, Festgabe für Reinhard von Frank, Bd. 2, 1930, S. 329, Anm. 2; Wilhelm Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, 2 Aufl., 1949, S. 101; Kemsies, a. a. O., insbes. S. 40.

- (6) ヘーデルは「犯罰を行なおうとする決意が、その効を奏するに先だつて反対決意がたてられ、その結果全体が違法性したがつて反社会性を主観的に制限する性格を失ふ」点に中止未遂の成立を認めてゐるので、その限り、任意性区々の課題はおこなふにすむわけである。

- (7) 事実コンディンダはその主張する違法性消滅事由説の必然的な帰結としてこの結論を認めなければならなかつた。Vgl. Binding, Grundriss des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 7 Aufl., 1907, S. 138, n. 158.

- (8) Vgl. Schötenack, a. a. O., S. 477.

- (9) なお、その詳細については他に稿をあらためて論じたいと

考えている。したがつて自己の立場を明示するにとどめる。

(ii) Vgl. List-Schmitt, a. a. O., S. 319.

(iii) Mezger, a. a. O., S. 471.

#### 四

さらに、実定法そのものにおける解釈論をこゝで考えてゆかなければならぬであらう。既述のとおり、ドイツ刑法第四六条においては「未遂それ自身として処罰しない」とされている。したがつて通説は処罰されないのは未遂だけであり既遂となつた従たる行為は処罰可能であるとしているわけである。もとよりその限りにおいて正当であらうし、実定法の解釈論としてもまた妥当であるといえよう。その後における刑法改正草案にみられる動向からおしても、この点をより明確にするために幾度となく改正されていつた事実を併考すれば、従たる行為を処罰すべきであるという実定法的根拠もまた確固たるものがあることは推知するにたたくない。

しかし、問題は未遂犯それ自身として処罰されるかされないかの課題としてではなく、いかなる場合に未遂犯が考えられるかの課題でなければならぬ。そうだとすれば、前章繰述のとおり科刑上一罪にあつては本来数罪なのであるから主たる行為が未遂となり従たる行為が既遂となつたのであれば、未遂となつた主たる行為が処罰されないこともより当然である。だが、法条競合にあつては単一な一罪を構成するにすぎないのであるから、それは既遂かあるいは未遂のいずれか一方として認められるにすぎないのであつて、単一な一罪のうちに既遂と未遂の並存を認め、未遂となつた部分を不処罰

既遂となつた部分を処罰するというのは、法条競合という概念そのものの把握において誤謬があるものといわなければならないであらう。したがつて「未遂犯が同時に他の既遂犯の犯罪事実を包含しているのであれば、その既遂犯を処罰する。この原則はまさしく未遂犯が既遂犯と観念的に競合する場合においてのみ妥当するにすぎないのであつて、既遂犯が未遂犯にとつてその必然的な経過点として吸収されているのであれば、刑法上一般に競合の問題があるのではなく、たゞ一個の犯罪が存在するにすぎないのであり、したがつて既遂犯は何らの意味をもたないのであるから処罰されることはない」といふ。

ところで、わが国刑法第四三条但書においてはどうかであらうか。同条は中止未遂をもつて「減軽又ハ免除ス」とするにとどまり、單純に不処罰の効果を認めるドイツ刑法といちじるしい構造的な差異を示している。したがつて、現行法を前提とするかぎり中止未遂の法的効果は異なる二態様をもつとしても、主たる行為が犯罪としての成立する点において共通の基礎を有しているわけである。もつとも、刑の免除判決をもつて無罪判決と解する見解もないでもない。そのかぎりにおいて、主たる行為の犯罪としての成立を否定しうるわけである。だが、それは刑事訴訟法第三三四条との関係において疑問がある。そうだとすれば、やはり免除判決は有罪判決であり、たゞ刑だけが科せられない場合であると考え他ない。だが、前述したように中止未遂の法的性格をもつて責任の消滅事由と解するのであれば、中止により責任がなくなるのであるから犯罪の成立が排除されなければならないことになる。そうだとすれば、減軽の場合

には責任が減少するからと考えることによつて説明がつくにしても免除判決との関係においておかしくなってくる。こうした矛盾を調整するためには、責任減少説をとることによつて免除判決の場合との何らかの調和を計るか、あるいは減軽は責任減少によつて免除は他の事由たとえば刑事政策説によつて説くかいずれかの方法を選択しなければならぬわけである。もとより、前者に準拠すべきであろう。なぜなら、もし後者にしたがうのであれば、同じく中止未遂でありながら、なぜ二様にその性格をとらえなければならないかを説明しえないうらみがあるからである。したがつて、責任減少説で一貫するのがより合理的であると考える。そうだとすると、責任の減少という場合そこに無限の段階のあることに注意しなければならぬ。そして、こうした責任における段階性の問題を、かりにいくつかの類型にわけるとすれば、通常の型態においてそれはたゞ減軽だけしかできない程度の減少として考えられ、逆にその極限値として責任の消滅が予定されているわけである。こう考えると、両者の中間の型態として免除されうる程度の責任の減少、すなわち全く責任がなくなるのではなく責任はあるが、したがつて犯罪としての成立を認めるがたゞ非常に責任の度が低いところから、刑だけはこれを科しない特殊な型態として免除判決を考えることが許されうとおもう。したがつて、責任減少説一本でも免除判決との調和は可能である。こう考えると、現行法を前提とするかぎり、ともに主たる行為の成立はこれを認めなければならないのであるから、ドイツにおける処罰脱登場の余地はなくまた大場博士所説のように科刑上一罪と法条競合の区別なく従たる行為の処罰可能を説くのは正しい解

釈論ではないといふであらう。したがつて、実定法に準拠したのであつてもやはり法条競合の場合に從たる行為の不処罰を論証しうるのである。

(1) 一九〇九年、現行刑法第四六条における中止未遂の規定が余りに複雑であることをきらつて「すべて本質的でないもの無用なものを排除して単純に表明しよう」(Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, Begründung, allgemeiner Teil, 1909, S. 297) として起草された予備草案第七七条と一九一一年前記草案に対抗して起草された反対草案

(Gegentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs) とを基礎に一九一三年作成された委員会草案(Entwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Strafrechtskommission)第三一条が「任意に実行を放棄したかあるいは既遂に属する結果の発生を防止したものは未遂のゆえに処罰されない(wegen Versuch wird nicht bestraft)」として表現の明確化を計り爾來この立場がつかぬかれてゐる。こうした動向はその理由書によつてもまたしるゐる。Vgl. Denkschrift zum Entwurf vom 1919, S. 41. Haliz, über den Rücktritt vom Versuch und sog. tätige Reue, 1897, zit. Gerlach, Der qualifizierte Versuch, 1987, S. 86.

(3) 違法性減少説をとる平野助教授は、それと刑事政策説との二元論的解決をはかつてゐる。平野竜一・中止犯(刑事法講座・第二巻)、四〇六頁。